

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

Rafael Weiss Costi

**CLÁUSULA DE RAIO NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO EM SHOPPING
CENTERS**

Porto Alegre

2017

Rafael Weiss Costi

CLÁUSULA DE RAIO NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTER

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem.

Porto Alegre

2017

Rafael Weiss Costi

**CLÁUSULA DE RAIO NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO EM SHOPPING
CENTERAS**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Ciência Jurídicas e Sociais.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Agradecimentos:

À minha família, pelo imensurável suporte e presença em todos momentos de minha vida.

Aos meus amigos, pelo crescimento pessoal e amadurecimento ao longo de tantos anos de experiências conjuntas.

Aos meus professores, pelo constante e incansável desejo em compartilhar seus ensinamentos.

“Não procures um prêmio, pois
tens uma grande recompensa
sobre a terra: a alegria espiritual
que só o justo possui”

- Fiodor Dostoiévski

RESUMO

Diante da incontestável relevância dos shopping centers no mercado atual, surgem algumas questões relativas à formatação jurídica de tais empreendimentos que merecem análise, uma vez que objeto de controvérsias. Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é analisar a validade da cláusula de raio ante os princípios constitucionais e infraconstitucionais que permeiam tais disposições, mediante exame da doutrina e jurisprudência. Com isso, pretende-se delimitar, além de sua validade, possíveis limitações, abusos e, ainda, efeitos anticoncorrenciais que podem ser gerados por tais disposições.

Palavras-chave: Shopping Centers. Locações Comerciais. Cláusula de Raio. Concorrência.

ABSTRACT

Due to the uncontestable relevance of shopping centers in the current Market, some questions related to the legal formatting of such enterprises that deserve analysis have come up, one they have become controversial. Due to this matter, the aim of this paper is to analyse the validity of the radius clause before the constitutional and infra-constitutional principles that permeate such disposals, by means of examination of doctrine and jurisprudence. With this, a delimitation is intended, beyond its validity, possible limitations, abuses and anticompetitive effects that could be generated by such provisions.

Key-words: Shopping Centers. Commercial Leases. Radius Clause. Competition.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. OS CONTRATOS DE LOCAÇÃO FIRMADOS EM <i>SHOPPING CENTERS</i> E SUAS PECULIARIDADES.....	11
3. CLÁUSULA DE RAIO: ANÁLISE SOB O PONTO DE VISTA DO DIREITO PRIVADO.....	16
3.1. DEFINIÇÃO E PRINCIPAIS ASPECTOS.....	19
3.2. RELAÇÕES INTEREMPRESARIAIS E PRINCÍPIOS NORTEADORES.....	19
3.3. LIMITES E ABUSOS NA DISPOSIÇÃO DAS CLÁUSULAS DE RAIO.....	26
4. ASPECTOS CONCORRENCIAIS DAS CLÁUSULAS DE RAIO.....	37
4.1. A LIVRE-INICIATIVA E LIVRE-CONCORRÊNCIA SOB O PONTO DE VISTA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	37
4.2. POSSÍVEIS EFEITOS ANTICOMPETITIVOS DA CLÁUSULA DE RAIO.....	40
5.CONCLUSÃO.....	47
6. REFERÊNCIAS.....	50

1. INTRODUÇÃO.

Considerando o crescimento dos *shopping centers* no mercado nacional e internacional nas últimas décadas, é inegável a relevância desses centros comerciais dentro da economia varejista, tendo tais estruturas contribuído e modificado completamente a lógica do varejo, trazendo um novo conceito ao mercado consumidor.

O sucesso de tais empreendimentos se deu, em larga escala, pela criação de um ambiente favorável de lucro tanto para o empreendedor de *shopping center*, que possui seu rendimento essencialmente vinculado ao rendimento dos lojistas, quanto para os lojistas ali instalados, ambiente no qual a larga atração de consumidores mediante o acerto em diversos diferenciais, como localização, segurança, *tenant mix* bem elaborado, tem alargado consideravelmente o volume de vendas de tais lojistas.

Na estruturação jurídica de tais centros comerciais, surgiram diversas disposições não comuns à contratos típicos de locação, mas que dentro do contexto singular que se enquadram possuem justificação econômica e social, dentre essas disposições, este trabalho se atém a uma delas, objeto de bastante controvérsia tanto em ambiente doutrinário como jurisprudencial: as cláusulas de raio.

Na evolução do Direito brasileiro, com a passagem de um Estado Liberal para um Estado Social, com valores sociais que interferem na ordem econômica para validar seu fundamentos, se faz necessário um estudo direcionado do caso para, de um lado, não permitir que certos agentes econômicos usufruam de suas liberdades constitucionais para reprimir ou abusar de outros agentes econômicos e, de outro lado, que a excessiva regulação do mercado não gere um mal funcionamento do mesmo, uma vez que as relações comerciais são baseadas, em um primeiro instante, na lógica da livre-iniciativa e livre-concorrência, com forte influência dos princípios da autonomia da vontade e *pacta sunt servanda*.

Mediante análise da doutrina e da jurisprudência relativa ao tema, abordando os principais aspectos envolvidos na relação entre empreendedor de *shopping*

center e lojista, se discutirá acerca da validade e legalidade dessas cláusulas dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Com isso, poderemos, além de discutir a validade per se das cláusulas de raio, conseguiremos analisar seus limites e possíveis abusos em sua disposição nos contratos de locação firmados em *shopping centers*.

2. OS CONTRATOS DE LOCAÇÃO FIRMADOS EM *SHOPPING CENTERS* E SUAS PECULIARIDADES

Os *shopping centers* surgiram nos Estados Unidos em meados de 1950 como estruturas comerciais híbridas resultado de uma necessidade de descentralização urbana, maior segurança e aumento de poder aquisitivo dos consumidores, nas quais se tem uma organização centralizada do empreendimento e planejamento específico, sendo realizado um estudo de mercado prévio que determinará a exata distribuição das lojas que ocuparão o *shopping center*, sendo essa distribuição planejada chamada de *tenant mix* do *shopping center* em questão.

Para elaboração de seu *tenant mix*, diversos fatores são levados em consideração, sendo que a distribuição de lojas é totalmente calculada pelo potencial de atração de consumidores ao empreendimento, seja pela força de sua bandeira, como no caso das chamadas “lojas-âncora”, as quais possuem grande poder de barganha junto ao shopping justamente por atrair um grande número de consumidores ao *shopping center* em que estão instaladas, garantindo-o maior chance de sucesso e somando à coletividade dos lojistas. Há também as “lojas-satélite”, que podem não ter o mesmo potencial de atração que as “lojas-âncora”, mas influenciam o contexto do *shopping center*, cobrindo as necessidades da zona de operação do empreendimento, conforme determinado nos estudos do empreendedor. Assim discorre Dinah Sonia Renault Pinto:

“O proprietário do shopping tem interesse no bom êxito dos negócios dos lojistas, pois participa de seu faturamento, permitindo, em contrapartida, uma competição benéfica e de equilíbrio entre os comerciantes. Os grandes departamentos agem como lojas “âncoras”, mas não prejudicam, e sim, pelo contrário, favorecem as lojas menores – lojas magnéticas -, que usufruem os benefícios de seu aviamento e os excessos de sua expansão são recebidos lucrativamente pelas lojas menores”¹

¹ PINTO, Dinah Sonia Renault. **Shopping Center: uma nova era empresarial. Procedimentos jurídico-administrativos referentes às relações empresa proprietária com lojistas e clientela.** Rio de Janeiro: Forense, 1992. P. 05.

Na estrutura elaborada pelos empreendedores de *shopping centers*, a correta distribuição do mix do shopping, aliada a demais fatores de mercado como localização, estacionamento, entre outros fatores, leva à atração tanto de lojistas com desejo de se instalar no empreendimento como de consumidores que desejam visitar o empreendimento em razão de suas peculiaridades, sendo que a atração dessas duas partes é essencial ao sucesso do empreendimento.

Nesse sentido, as palavras de Thiago Ferreira Cardoso Neves:

“Assim, conceituamos o contrato de *shopping center* como uma coligação contratual, ou a reunião de contratos celebrados entre os lojistas e o empreendedor, em que os primeiros recebem, em locação, espaços no empreendimento criado, organizado e administrado pelo segundo, para o exercício de sua atividade econômica, beneficiando-se os lojistas das vantagens proporcionadas pelo negócio do empreendedor, que é o centro de compras, ambos visando o bom funcionamento da empresa de conjunto para a aferição e o aumento dos lucros, atendendo aos anseios dos consumidores.”²

Essas questões singulares que compõem a estrutura comercial estabelecida nos *shopping centers* irão resultar em diversas peculiaridades que são encontradas na formatação jurídica das relações firmadas nesses centros comerciais. Dentre essas peculiaridades podemos citar:

- a. Fixação de aluguel percentual do faturamento do locatário, além de estabelecimento de aluguel fixo mínimo;
- b. Vedação do lojista e seus sócios de abrir nova loja, de qualquer ramo de atividade, dentro de um raio pré-determinado no contrato de locação ou seus instrumentos anexos;
- c. Necessária apresentação dos livros contábeis e fiscalização pela administração do shopping, objetivando auferir o real faturamento do locatário;

² NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 424.

- d. Contribuição obrigatória do lojista ao Fundo de Promoção e Propaganda (FPP) do *shopping center*;
- e. Contribuição obrigatória do lojista à Associação dos Lojistas do *shopping center*;
- f. Possibilidade do empreendedor de *shopping center* em alterar unilateralmente, a qualquer tempo, a distribuição das lojas pertencentes ao empreendimento, ou seja, seu *tenant mix*;
- g. Proibição do lojista em alterar o ramo de atividade explorado no *shopping center*, sem prévia anuência do *shopping center*;
- h. Total liberdade de alteração da administração do *shopping center* quanto às áreas de uso comum do empreendimento.

Dessa forma, vê-se que a estrutura jurídica necessária para abranger todas essas peculiaridades não poderia ser a mesma dada às demais locações comerciais, fazendo surgir um contrato atípico, que, consoante anotações de Orlando Gomes, “justifica-se como aplicação dos princípios da liberdade de obrigar-se e do consensualismo.”³

Nessa toada, imperioso destacar que a Lei n. 8.245/1991, que dispõe sobre as locações de imóveis urbanos, em seu artigo 54 reconheceu a singularidade dos contratos firmados entre lojistas e empreendedores de *shopping centers*:

“Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.”

Visto isso, cabe observar que o Código Civil traz como possibilidade a criação de contratos atípicos em seu artigo 425⁴, devendo apenas observar as normas gerais fixadas no mesmo diploma, cabendo às partes contratantes regular a

³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 103.

⁴ Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

determinação formal do contrato atípico em questão. Isso se justifica principalmente numa sociedade em que as transições se dão de forma constante, trazendo a atipicidade fator legal decisivo para que os cidadãos possam adequar as novas situações e suas particularidades dentro de novos tipos de contratos, ainda não previstos em lei, uma vez que as alterações legislativas não conseguem, e talvez nem devam, acompanhar e/ou regular as mudanças sofridas pela sociedade atual, e com isso, a mudança de suas necessidades.

Por mais que não tipificados no Código Civil e seus artigos, alguns contratos com sua crescente e reiterada utilização ao longo do tempo acabam formando corpo contratual definido, de forma que tanto o Judiciário quanto a Doutrina reconhece e verifica suas cláusulas comuns, ou seja, cláusulas que se enquadram e se justificam dentro da finalidade econômica e social destes contratos, como é o caso dos contratos de locação firmados em *shopping centers*, no qual a jurisprudência é farta no sentido de reconhecer a complexidade e atipicidade de seu contexto.⁵

A respeito da atipicidade comum dos instrumentos jurídicos formatadores da relação entre empreendedor e lojistas, as afirmações de Thiago Ferreira Cardoso Neves:

⁵ APELAÇÃO CÍVEL. **LOCAÇÃO**. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL. SHOPPING CENTER. PRAÇA DE ALIMENTAÇÃO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO AFASTADA EM PRIMEIRO GRAU. **ABUSIVIDADE DA CONTRATAÇÃO NÃO COMPROVADA**. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE TAXA CONDOMINIAL SUPERIOR NAS LOJAS DA PRAÇA DE ALIMENTAÇÃO. **ART. 54 DA LEI N.º 8.245/91. PREVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES LIVREMENTE PACTUADAS NO CONTRATO DE LOCAÇÃO ENTRE O LOJISTA E O SHOPPING CENTER, PARA QUE O EMPREENDIMENTO SOBREVIVA. RELAÇÃO CONTRATUAL QUE ADMITE CLÁUSULAS ATÍPICAS, RESTRITIVAS, EM COMPENSAÇÃO AOS BENEFÍCIOS TRAZIDOS PELA ESTRUTURA DO SHOPPING, TAIS COMO A SEGURANÇA, O LAZER E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DIFERENCIADOS, QUE O EMPREENDIMENTO OFERECE PARA ATRAIR CLIENTES EM QUANTIDADE SUPERIOR AO COMÉRCIO TRADICIONAL DE RUA.** SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA CONFIRMADA. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME.. (Apelação Cível Nº 70070560586, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em 08/03/2017)

LOCAÇÃO. AÇÃO DITA DE REVISÃO DE CONTRATO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO E DE RESTITUIÇÃO DA VALORES PAGOS A TÍTULO DE "CESSÃO DE ESPAÇO" COMERCIAL EM SHOPPING CENTER (PONTO COMERCIAL) Caso em que precedeu ao ajuizamento desta ação transação validamente celebrada entre as partes litigantes, na qual a locatária renunciou ao exercício de qualquer pretensão indenizatória relacionada com incêndio que ocorrera nas dependências do shopping center. Ajuizamento de ação indenizatória em momento posterior à transação. Impossibilidade jurídica do pedido. **Em contrato de locação em shopping center, prevalecem as condições livremente pactuadas pelas partes. Inexistência de abusividade ou irregularidade que autorize a revisão do contrato.** Mantido o indeferimento do pedido de restituição do valor pago pelo ponto comercial. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70074540972, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 28/09/2017)

“Como se vê, segundo esse entendimento, o contrato de *shopping center* possui tantas peculiaridades que não pode ser considerado como um mero contrato típico de locação com cláusulas especiais. Tamanhas peculiaridades fazem surgir, em verdade, um novo contrato, atípico, pois a reunião de suas características forma uma nova unidade contratual, ou seja, um novo contrato, que não se enquadra em nenhuma espécie contratual prevista em nosso ordenamento.”⁶

O reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro da importância das condições específicas tratadas entre lojistas e empreendedores de *shopping center* para o sucesso do empreendimento é de suma relevância à análise da validade da cláusula de raio, objeto deste trabalho.

Nesse sentido vem as observações de Carlos Geraldo Langoni, a respeito da relação singular existente entre lojistas e empreendedores:

“O que caracteriza, entretanto, a revolução tecnológica é a forma como foi estruturada a combinação dos interesses dos investidores no shopping e dos comerciantes, permitindo a exploração adequada de economia de escala e a internalização de externalidades, especialmente aquelas relacionadas com os gastos em propaganda e promoção. Neste sentido a peculiaridade dos shoppings centers não reside na reunião de um certo espaço físico, de um conjunto de atividades comerciais. O aspecto distinto e que se constitui na base de todo seu dinamismo e eficácia é exatamente a relação contratual existente entre o empregador do *shopping center* e os comerciantes.”⁷

Dentre as diversas peculiaridades dos contratos de locação em *shopping centers* acima exemplificadas, este trabalho se aterá a análise da cláusula de raio, seus aspectos e sua validade em nosso ordenamento.

⁶ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Atlas. 2013.

⁷ LANGONI, Carlos Geraldo. “**Shopping Centers**” no Brasil. Revista dos Tribunais, 1984. Pgs 60-61.

3. CLÁUSULA DE RAIO: UMA ANÁLISE SOB PONTO DE VISTA DO DIREITO PRIVADO.

3.1. DEFINIÇÃO E PRINCIPAIS ASPECTOS

A cláusula de raio constitui uma obrigação de não-fazer, normalmente encontrada nos contratos de locação firmados em *shopping centers* ou nas Normas Gerais Complementares, instrumento anexo ao contrato de locação, que determina a impossibilidade do locatário e, geralmente, seus sócios, abrir nova loja em um raio pré-determinado na cláusula, que costuma ser estabelecido entre 1.000m e 5.000m.

Com objetivo de tornar mais palpável o conceito e facilitar a análise e compreensão das cláusulas de raio, traz-se um exemplo de disposição da referida cláusula⁸:

“7.26. O LOCATÁRIO, ressalvado estabelecimento já existente na data de assinatura deste contrato, não poderá ter outro (sede, filial, etc), dedicado ao mesmo ramo de atividade a ser por ele exercida no ESPAÇO COMERCIAL objeto do contrato de locação e outras avenças, localizado dentro de um raio de 3.000,00m (três mil metros) contados do centro do terreno do SHOPPING CENTER, salvo autorização prévia por escrito do LOCADOR.”

Inicialmente as cláusulas de raio surgiram como uma forma dos *shopping centers* se protegerem contra uma atitude oportunista dos lojistas/locatários ali instalados. Considerando que o aluguel é determinado em percentual do rendimento bruto dos lojistas, estes poderiam abrir nova loja próxima ao *shopping center* e desviar seu faturamento para esta loja, na qual o aluguel não fosse fixado em percentual do faturamento, reduzindo o aluguel total dispendido ao final do mês,

⁸ Superior Tribunal de Justiça. RESP 1.535.727/RS. Pgs 01-02. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57597605&num_registro=201501306323&data=20160620&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 16/01/2017.

aproveitando apenas o ótimo fluxo de clientes proporcionado pelo empreendimento. Nesse sentido vêm os apontamos do Ministro Marco Buzzi:

“De início, é importante consignar que a origem dessas cláusulas precede a existência dos centros comerciais conhecidos como *shopping centers*. As primeiras manifestações dessas disposições surgiram nos Estados Unidos na época da depressão econômica dos anos 30 do século passado, quando proprietários de imóveis passaram a admitir o pagamento de aluguéis calculados com base na receita bruta dos locatários, visando não só atrair lojas de departamento para áreas menos valorizadas das cidades, como também para facilitar a celebração do contrato de locação em razão da redução das despesas fixas do comerciante.”⁹

Além disso, as cláusulas de raio também serviam como um dos instrumentos utilizados pelos empreendedores de *shopping center* para garantir o retorno dos vultuosos investimentos feitos no empreendimento quando da sua implementação e para sua manutenção.

Entretanto, um dos aspectos principais da manutenção das cláusulas de raio nos contratos de locação da grande maioria dos *shopping centers* é a capacidade de proteção do *tenant mix* do shopping mediante a aplicação da cláusula. Considerando as capacidades de atração de público de determinadas lojas, qualquer modificação dentro de um raio de influência do *shopping center*, com instalação de lojas de mesma bandeira, poderia gerar um desinteresse no consumidor em frequentar o *shopping center*, reduzindo, assim, o faturamento dos lojistas ali instalados.

Há de se considerar sempre, que o *shopping center* e sua administração prezam sempre pelo maior volume de vendas da coletividade dos lojistas do empreendimento, de forma que o interesse global dos lojistas parte do empreendimento se sobreponha ao interesse individual de um lojista. É elementar observar e entender que o mix do *shopping center* é montado meticulosamente como uma espécie de “orquestra”, determinadamente organizada e sincronizada, na

⁹Disponível em

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57597605&num_registro=201501306323&data=20160620&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 18/12/2017.

qual são observadas as carências e necessidades da zona onde funcionará o empreendimento, sendo que equívocos e/ou decisões individuais de lojistas apartados podem prejudicar os objetivos comerciais da coletividade. Ainda, “o fator de atração da clientela decorre de sua melhor organização e administração, propiciando facilidade de acesso a produtos diversificados, praças de alimentação, estacionamento acessível e outros quetais”.¹⁰ A respeito do estudo feito em torno do *tenant mix* do empreendimento, apropriadas são as noções trazidas por Vanessa Gramani:

“O *tenant mix* leva em conta as deficiências (assim como os excessos) que possam existir em cada ramo do comércio na região de contato. As lojas que integram o shopping, então são escolhidas para suprir determinadas necessidades constatadas no estudo de viabilidade. Quando, após a implantação do shopping, uma loja que dele faz parte inaugura um estabelecimento na região objeto do estudo de viabilidade, altera a situação de fato que justificou sua presença no *shopping center*”¹¹

Assim, o empreendedor de *shopping center* toma diversas medidas de proteção na formatação jurídica de seu empreendimento, sendo uma das principais, justamente, a cláusula de raio, que o protege, juntamente com a coletividade dos lojistas ali instalados, dentro de uma distância razoável, de possível concorrência dos próprios lojistas do shopping em suas lojas instaladas fora do empreendimento.

Um ótimo exemplo para ilustrar essa situação se verifica na cidade de Porto Alegre, onde após anos de instalação e funcionamento do *shopping center* Iguatemi, foi construído o *shopping center* Bourbon Country há alguns metros do outro empreendimento. Caso o Iguatemi não estivesse resguardado em seus instrumentos jurídicos com cláusulas de raio bem determinadas, poderia ter sido extremamente afetado pela instalação de novas lojas das mesmas bandeiras no novo empreendimento, fazendo com que o consumidor perdesse boa parte de seu

¹⁰ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 114.

¹¹ GRAMANI, Vanessa. **Direito Comercial: shopping center, franquias e varejo**. Campinas: Editora Alínea, 2013. P. 25.

interesse em frequentar o Iguatemi e, conseqüentemente, seu *tenant mix* não faria mais tanto sentido.

Ao contrário da situação hipotética apresentada, o que se efetivou foi justamente o contrário, uma vez que o Iguatemi, nos contratos de locação em que havia negociado a disposição de cláusula de raio, conseguiu se resguardar diante da concorrência do Bourbon Country, protegendo seu *tenant mix* e, assim, protegendo a coletividade de lojistas que possuíam suas lojas no Iguatemi. Essa situação gerou, inclusive, um efeito saudável à concorrência, uma vez que a impossibilidade de certas lojas se instalarem no novo empreendimento deu espaço para outros lojistas que não conseguiriam disputar seu espaço no Bourbon Country caso as cláusulas de raio não estivessem em vigor.

Pode-se dizer, portanto, que ao longo do desenvolvimento dos *shopping centers* e construção de sua formatação jurídica, as cláusulas de raio se consolidaram como cláusula padrão nos contratos de locação firmados entre lojistas e empreendedores, sendo extremamente raro sua ausência nesses instrumentos jurídicos.

3.2. RELAÇÕES INTEREMPRESARIAIS E PRINCÍPIOS NORTEADORES

Para análise da validade da cláusula de raio, suas facetas e os princípios jurídicos que norteiam sua disposição e aplicação se faz imprescindível analisar o tipo de contrato estamos tratando, qual seja, um contrato indubitavelmente empresarial, firmado entre empresários ativos e probos, cujo principal objetivo da formação desses contratos é a geração de lucro, ou seja, os contratos empresariais são instrumentos para que o empresário consiga obter maior lucro e, a partir dessas vantagens econômicas, suceder na vida empresarial. Assim apontam os comentários de Paula A. Forgioni:

“O diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro de todas as partes envolvidas, que condiciona seu comportamento,

sua “vontade comum” e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar.”¹²

Ou seja, o empresário se utilizará de todos os mecanismos legais disponíveis para se posicionar em posição negocial favorável, engendrando seus esforços em conseguir a melhor contratação para o objetivo almejado, devendo observar apenas os limites impostos pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, as palavras de Orlando Gomes:

“Por outro lado, o Direito das Obrigações exerce grande influência na vida econômica, uma vez que regula relações de infra-estrutura social, dentre as quais se salientam, por sua relevância política, as de produção e as de troca. É através de relações obrigacionais que se estrutura o regime econômico, sob formas definidas de atividade produtiva e permuta de bens. Tanto basta para atestar sua importância no conjunto das normas constitutivas da ordem jurídica. O funcionamento de um sistema econômico prende-se à sua disciplina jurídica, variando conforme o teor e a medida das limitações impostas à liberdade de ação dos particulares. Enfim, retrata o Direito das Obrigações a estrutura econômica da sociedade.”¹³

Os contratos empresariais ou mercantis são dotados de traços comuns, tendo como uma de suas principais características a relevância dos princípios da liberdade de contratar, autonomia da vontade, *pacta sunt servanda*, boa-fé objetiva e utilização dos usos e costumes. Importantíssima se faz a análise de tais traços comuns, para que se possa vislumbrar (i) as peculiaridades e o funcionamento dessa categoria autônoma de negócios jurídicos, bem como (ii) o impacto que causam na dinâmica de mercado, influenciando-a e sendo por ela influenciada.¹⁴

Essencialmente como um dos pilares do Direito Comercial, a autonomia da vontade no caso em tela vem, não só com amparo da legislação específica,

¹² FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 40.

¹³ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16ª Edição. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 08.

¹⁴ ¹⁴ FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 109.

permitindo que as condições pactuadas entre lojistas e empreendedores prevaleçam às disposições da lei de locações, mas também no Código Civil vigente, forte aqui o artigo 421 desse diploma legal:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Ora, da interpretação do dispositivo acima, considerando ainda tratar-se de relação firmada entre empresários, observando, inclusive, o tratamento dado à questão pela lei de locações¹⁵, há de se reconhecer a relevância da autonomia da vontade na relação entabulada e a necessidade das cláusulas singulares presentes nos contratos firmados entre lojistas e empreendedores, que justificam o fim econômico e social do empreendimento.

Ainda, imprescindível levar em consideração o princípio constitucional da livre-iniciativa, trazido como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito na Constituição Federal de 1988, que guarda total relação ao princípio da autonomia da vontade e, conseqüentemente, à liberdade de contratar.¹⁶ Nesse sentido, as lições do Prof. Gerson Luiz Carlos Branco:

“A análise da liberdade contratual a partir do texto constitucional exige o enfrentamento de três pontos de vista que circulam do debate jurídico nacional (a) a liberdade de contratar como faculdade jurídica que emana diretamente da personalidade; (b) a liberdade de contratar como liberdade de exercício da atividade econômica regulada pelo artigo 170 da

¹⁵ Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.

¹⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Constituição Federal; (c) a função social dos contratos como decorrência lógica da adoção da função social da propriedade.”¹⁷

Forçoso observar, também, o êxito crescente dos *shopping centers* em gerar um fluxo de clientes e volume de vendas que a maioria dos lojistas ali instalados jamais alcançariam sem a estrutura do empreendimento, considerando que, apenas no ano de 2016 foi verificado um faturamento de 157, 9 bilhões de reais, perfazendo cerca de 20% das vendas do varejo nacional, com tráfego de pessoas de 438,675 milhões de pessoas por mês¹⁸. Atentar para esses dados antes de se cogitar inferir na estrutura jurídica e econômica desses empreendimentos que possuem tamanha relevância na economia nacional se torna fundamental.

Evidente e necessário se faz atentar para os limites impostos à autonomia da vontade e liberdade de contratar pelo Código Civil de 2002 mediante a valorização da função social do contrato. Com o declínio do modelo clássico de contrato, tornou-se inevitável a imposição de certas limitações a liberdade e autonomia da vontade, uma vez que em diversos casos somente se verificava a vontade de um dos contratantes sendo imposta aos anseios de outro, situação na qual a abusividade das condições negociadas era flagrante.

Assim sendo, não se configurava a realização da autonomia da vontade e liberdade de contratar, pois a vontade de um agente econômico era favorecida em detrimento da vontade de outro, tornando a falta de limitações um campo aberto à efetivação de abusos, trazendo insegurança e desconfiança ao mercado, fatores completamente indesejáveis ao bom fluxo das negociações mercantis e formação dos negócios jurídicos, consoante as palavras de Roberto Senise Lisboa:

“O negócio jurídico de nossos tempos, na grande parte das vezes, é bilateral, e a relação obrigacional encerra uma ideia recíproca de fidelidade e confiabilidade, a dinâmica obrigacional proporciona a identificação das

¹⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 228.

¹⁸ Disponível em <http://www.portaldoshopping.com.br/monitoramento>. Acesso em 12.12.2017.

expectativas do confiante de forma diferenciada em relação às expectativas do outro.”¹⁹

Do princípio *pacta sunt servanda* depreende-se a obrigatoriedade de cumprimento das condições previamente acordadas, inibindo qualquer atividade oportunista no mercado. Dessa forma, considerando que ambas as partes contratantes do contrato de locação firmado em *shopping centers* são empresários ativos e probos, não cabem aqui grandes relativizações deste princípio, uma vez que muito caro ao nosso ordenamento adotar esse tipo de conduta.

Dessa forma, o respeito aos vínculos contratuais é de suma importância ao mercado, gerando expectativas legítimas nos empresários que se as condições pactuadas serão realmente observadas, haja vista a confiança é um dos fatores principais para o bom funcionamento do mercado, conforme observa Paula A. Forgioni:

“a autonomia privada e o respeito aos vínculos contratuais, em um sistema capitalista, possibilitam o fluxo de relações econômicas e a própria existência do mercado, uma vez que também tutelam a existência de diferenciais competitivos. Um sistema que permitisse ao contraente liberar-se de seus compromissos porque, a seu entender, a operação não trouxe o lucro pretendido, implicaria a subversão completa da ordem e conduziria a um nível de insegurança e imprevisibilidade comprometedor.”²⁰

Ou seja, especialmente no âmbito dos contratos empresariais, a imprevisibilidade e falta de confiança nos agentes participantes do mercado geradas pela não imposição à parte contratante do cumprimento das obrigações antes firmadas pode gerar efeitos irreversíveis à economia, retraindo o mercado e diminuindo a fluidez das relações comerciais.

¹⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança Contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. P. 148.

²⁰ FORGIONI, PAULA A. **Interpretação dos negócios empresariais**. In: FERNANDES, Wanderley (Org.). **Contratos empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. 1Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pgs. 95-96.

A boa-fé objetiva, por sua vez, representa modelos de conduta a serem seguidos, sendo, no Direito Comercial, princípio que norteia não só a interpretação dos contratos, mas também o preenchimento de possíveis lacunas contratuais, importante aqui ressaltar os ensinamentos de Ricardo Lupion Garcia sobre o tema:

“Pode-se afirmar que a boa-fé objetiva representa o dever de agir de acordo com os padrões socialmente reconhecidos de lisura e lealdade. São esses padrões que traduzem confiança necessária à vida de relação e ao intercâmbio de bens e serviços. Consequentemente é dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança da contraparte, indispensável para a tutela da segurança jurídica, para a garantia da realização das expectativas legítimas das partes. Quando a lei impõe a quem se obrigou a necessidade de cumprir o compromisso, está apenas protegendo, no interesse geral, a confiança que o credor legitimamente tinha em que o seu interesse particular fosse satisfeito”.²¹

Ainda, a utilização dos usos e costumes como forma de normatização da prática comercial é aspecto importantíssimo ao tema, vez que a relação particular criada entre lojista-locatário e empreendedor-locador foi desenvolvida ao longo dos últimos anos com base nas melhores práticas que levaram os empreendimentos de *shopping center* a dominarem o comércio varejista, dadas a relevância de dos instrumentos criado com objetivo de dar coerência e lógica à operação. Excelente visão dos usos e costumes traz a Professora Paula A. Forgioni:

“Os usos e costumes são a prática dos comerciantes que, na busca de soluções para os problemas quotidianos, encontram e consolidam determinada forma de resolvê-los. Esses esquemas espraiam-se ao serem imitados por outros agentes. Daí a força uniformizadora dos usos e costumes, que tendem a planificar o comportamento das empresas.(...) Os usos e costumes refletem complexa interação entre texto normativo, atos dos comerciantes e jurisprudência.”²²

Nesse diapasão, tratando-se de contratos mercantis, a prática comercial reiterada ao longo de anos de comércio, filtrada nas condutas mais aprovadas pelos comerciantes irá refletir fortemente nos contratos, legislação e jurisprudência, de

²¹ GARCIA, Ricardo Lupion. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta**. Livraria do Advogado, 2011. P. 50.

²² FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 136.

forma que os “usos são considerados, no plano propriamente hermenêutico, fonte de heterointegração normativa, pois o sistema econômico transmite suas necessidades de transformação primordialmente por meio da mudança de costumes em matéria empresarial”²³.

A respeito da relevância dos usos e costumes nas relações comerciais:

“Dentro de um critério de racionalidade, de proteção da boa-fé, da confiança e, conseqüentemente, da legítima expectativa da outra parte, não se pode compreender que um contrato tenha interpretação diversa da práxis, base do sistema de direito comercial. Essa regra de Pothier deixa claro que os usos e costumes, no direito comercial, não ocupam lugar apenas como fonte do direito [ou seja, como polo emanador de normas jurídicas vinculantes], mas também como pauta de interpretação dos contratos.”²⁴

Imprescindível discorrer acerca do caráter colaborativo da relação contratual firmada entre lojista e empreendedor, uma vez que o sucesso do empreendedor depende intensamente do sucesso do lojista em suas vendas e o êxito do lojista está consubstanciado fortemente no êxito do empreendedor em atrair um alto número de clientes através de suas estratégias comerciais. Nesse sentido, os apontamentos de Fernando Netto Boiteux a respeito da comunhão de finalidades presentes nos contratos de locação firmados em *shopping centers*:

“Entendo que a cláusula de não-concorrência é válida, pois não cerceia a liberdade de concorrência prevista no artigo 170 da Constituição Federal, tendo em vista que se trata de um contrato de comunhão de finalidades (a do shopping e a do lojista), no qual se admitem restrições convencionais à concorrência.”²⁵

²³ MARTINS COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P. 288.

²⁴ FORGIONI, Paula Andrea. **Interpretação dos negócios empresariais**. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 114.

²⁵ BOITEUX, Fernando Netto. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Dialética, 2001. P. 119.

Ainda, este caráter colaborativo configurado entre as partes contratantes dessa relação é condição comum em contratos empresariais, nos quais agentes econômicos se unem, por meio de instrumentos contratuais, para ambos auferirem lucro das relações comerciais contratadas, considerando que o escopo de lucro é fim último das atividades empresárias. Acerca da colaboração essencial entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, as palavras de Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer:

“A atração de lojas e consumidores finais faz com que o centro comercial entre em um círculo virtuoso: quanto mais consumidores for capaz de atrair, mais lojistas estarão interessados em estabelecer uma filial de sua loja nesse *shopping center*; e, como consequência, quanto mais lojas e facilidades o centro comercial tiver, mais consumidores será capaz de atrair”²⁶

Dessa forma, os *shopping centers* foram criados para atender o interesse de uma coletividade de lojistas, e não interesses individuais alheios à função econômica do empreendimento. A administração centralizada, instrumentos contratuais anexos ao contrato de locação e a determinação de diversas condições especiais em seus contratos de locação integram a lógica criada para defender esse interesse comum de lojistas e, assim, defender o sucesso do empreendimento, além de reduzir drasticamente os custos de transação dessas tratativas.

A possibilidade de barganha de condições mais favoráveis, com a redução do raio abrangente da vedação ou até mesmo o abono da cláusula de raio, é existente e verificada tanto por diversas empresas dentro dos empreendimentos de *shopping center*, denotando que não cabe aqui, tanto por esse motivo quanto pelos demais argumentos trazidos acima, falar em vulnerabilidade da parte lojista.

3.3. LIMITES E ABUSOS NA DISPOSIÇÃO DE CLÁUSULAS DE RAIOS

²⁶ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Contrato de locação em shopping center e cláusula de raio**. In: NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo; VON ADAMEK, Marcelo Vieira (Coord.). Temas de Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. P. 235.

Evidente a existência de cláusulas padrão e instrumentos comuns a todos os lojistas participantes do empreendimento, não só pela necessidade de uniformidade de regras a serem seguidas pelos partícipes com objetivo de dar coerência ao empreendimento, mas também como forma de reduzir os custos de transação dessas negociações. Impossível, caro e desorganizado seria se a cada novo lojista que se interessasse em locar espaços de uso comercial fossem estipuladas e tratadas novas condições, trazendo os contratos padrão uma forma ágil e sistemática de gerir as relações contratuais firmadas nos *shopping centers*.

Ainda, o controle de abusividades em contratos comerciais não pode ser exercido da mesma forma que em relações civis, como o tratamento dado às relações envolvendo consumidores, nas quais há, necessariamente, uma maior relativização dos princípios da autonomia da vontade e *pacta sunt servanda*, considerando que em relações interempresariais cabe ao empresário a negociação de condições mais ou menos vantajosas em suas contratações.

Salienta-se, portanto, que não há a necessidade de se haver igualdade em poder de barganha entre lojista e empreendedor, e nem por isso deve ser considerada uma situação de vulnerabilidade, tendo em vista que o diferencial entre dois agentes econômicos é situação comum nas relações interempresariais e será justamente o que vai contrabalancear a influência de cada parte nas tratativas, devendo ser objeto de correção e controle apenas às obrigações contratadas que forem manifestamente abusivas, considerando os fins econômicos e sociais que a contratação em questão objetiva. Tratando da interpretação dos contratos empresariais, traz-se as anotações de Paula A. Forgioni:

“Nenhuma interpretação de um contrato empresarial será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema, neutralizando os prejuízos [ou lucros] que devem ser suportados pelos agentes econômicos, decorrentes de sua atuação no mercado. Regra geral, o sistema jurídico não pode obrigar alguém a não ter lucro [ou prejuízo]; apenas a agir conforme os parâmetros da boa-fé objetiva, levando em conta as regras, os princípios e as legítimas expectativas da outra parte [agir conforme o direito]. Não fosse dessa forma e o sistema jurídico [i] estaria cometendo equívoco

metodológico bastante semelhante ao da análise da microeconomia clássica, porque anularia ou desconsideraria o necessário diferencial entre os agentes econômicos ou [ii] desestimularia as contratações.”²⁷

Sendo assim, considerando os princípios norteadores dos contratos empresariais acima dispostos, em especial a autonomia da vontade, além do tratamento diferenciado dado pela Lei de Locações aos contratos de locação firmados entre lojista e empreendedor, vê-se que a cláusula de raio não é inválida por si só, podendo, entretanto, tornar-se inválida se disposta de modo abusivo, ou seja, desrespeitando os limites da função social do contrato, disposto no art. 421 do Código Civil²⁸, além dos demais limites configuradores de abuso de direito trazidos por esse mesmo diploma legal.²⁹

Com a crescente afirmação do Estado Social e seus princípios, na tentativa de corrigir as falhas observadas no liberalismo, em especial quanto aos direitos dos trabalhadores e consumidores, o legislador incluiu como limite à liberdade de contratar, antes máxima do direito contratual dos tempos liberais, a função social da propriedade, devendo não só tal liberdade ser exercida nos limites da função social, mas também em sua razão.

Necessárias, pois, as palavras de Maria Estela Leite Gomes sobre a função social do contrato aplicada aos contratos empresariais:

“Nessa perspectiva, fica evidente que o princípio da função social do contrato deve ser observado mesmo nos contratos empresariais, e tal medida não importa em insegurança jurídica. Ao contrário, a realização de trocas instrumentalizadas pelos contratos, e favorecidas pela garantia de que a execução contratual dar-se-á sem sobressaltos, sem malícias, em um

²⁷ FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

²⁸ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

²⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

ambiente de cooperação entre os contratantes, é exatamente o que dá o tom do que se tem, atualmente, por segurança jurídica”³⁰

Como bem referenciado pela autora acima, as relações empresariais, por mais que pautadas na livre-iniciativa e autonomia da vontade, só conseguem prosperar e manter seu bom fluxo dentro de um mercado no qual há segurança jurídica, com bom cumprimento dos contratos e obrigações firmadas na composição das trocas de bens e serviços. Dessa forma, a confiança se faz um dos principais aspectos nas relações interempresariais, sendo que os limites impostos tanto pela legislação infraconstitucional como constitucional se fazem necessários para otimizar a fluidez das relações comerciais.

No tocante à socialidade dos contratos e aplicação da cláusula geral prevista no art. 421 do Código Civil:

“Sendo o contrato concomitantemente fato social e ato jurídico, admite-se a intervenção judicial para limitar sua validade ou eficácia por concreção da cláusula geral da função social dos contratos, pois esta reconhece e acolhe a concepção de que o contrato é um fato social que, no plano social também possui um caráter regulatório, ou preceptivo como prefere Emílio Betti. A natureza dúplice do contrato é o grande desafio para a compreensão sobre quais são as regras vigentes que disciplinam validade e eficácia dos contratos. Os esquemas tradicionais da Teoria das Invalidades não são mais suficientes em um contexto de aplicação de cláusulas gerais como a dor art. 421 do Código Civil: esta pode ser multifuncional, ora levando ao plano da validade, ora ao da eficácia. Em certa medida já não temos mais um critério que nos diga, de forma prévia e abstrata, quais são os fatos que podem ser recepcionados pelo Direito e os que não podem passar pelos planos da validade ou eficácia. O desafio está na circunstância de que o contrato como fato social pode produzir regras”³¹

³⁰ GOMES, Maria Estela Leite. **Contratos Empresariais: princípios, função social e análise econômica do direito**. Curitiba: Juruá, 2015. P. 97.

³¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da Teoria Geral dos Contratos**. In: COSTA, Judith Martins. **Modelos de direito privado**. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Pgs. 283-284.

O Código Civil de 2002 inovou em seu artigo 187 ao trazer como limites ao exercício regular de um direito a sua finalidade econômica e social, a boa-fé e os bons costumes³². Dessa forma, ao fim de se verificar se determinado direito foi exercido de maneira abusiva, deve-se auferir se há manifesto excesso no exercício de tal direito que ultrapassa estes limites trazidos pelo referido artigo. Entretanto, um caráter interessante do dispositivo é que sua aplicação não depende de verificação de dano, já sendo efetivado quando o sujeito extrapola os limites estabelecidos pelo artigo.

A respeito da dispensabilidade de verificação de dano para a aplicação do artigo 187 do Código Civil, os ensinamentos do Prof. Bruno Miragem:

“Nesse caso, note-se que não se exige para aplicação do art. 187 do CC/2002 a existência de dano, tampouco de relação jurídica já estabelecida entre as partes. Basta, pois, o exercício de direito que gere prejuízo a outrem, consistente em danos atuais ou potenciais, supressão de prerrogativas jurídicas, ou mesmo a imposição de deveres jurídicos de manter dadas relações ou efeitos jurídicos, em benefício daquele a quem proteja o fim econômico e social, a boa-fé ou os bons costumes naquela determinada situação concreta. O ato abusivo, neste sentido, se dá no curso de uma relação jurídica, ou ele próprio constitui relação jurídica.”³³

Dessa forma, vê-se que o ato abusivo pode ser gerado não só no exercício de direito que gere danos a outrem, mas também tenha o potencial de gerar danos, suprima prerrogativas jurídicas ou imponha deveres jurídicos de manter determinadas relações ou efeitos jurídicos, sendo de total relevância para a análise da abusividade da cláusula de raio, uma vez que a cláusula poderá ser determinada como abusiva também pelos seus danos potenciais.

Importante ressaltar aqui, ao fim de poder se analisar possível abusividade, que as cláusulas de raio usualmente possuem três esferas de afetação: quanto ao

³² Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

³³ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado**. 2ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 112.

objeto a que se estende a cláusula, ou seja, ao sujeito a quem é direcionada a obrigação de não-fazer em questão; quanto ao espaço abrangido pela cláusula; quanto ao tempo de duração da cláusula de raio.

Quanto ao objeto, usualmente, as cláusulas de raio compreendem o lojista, seus sócios e quotistas, de instalar qualquer estabelecimento comercial, mesmo que de outros ramos de atividade, no raio pré-determinado na cláusula, o que, na hipótese, se configura como abusivo. Ora, se a justificação da cláusula de raio nos contratos de locação em *shopping center* é justamente a proteção dos investimentos feitos pelo empreendedor e a prevenção de possível comportamento oportunista do lojista, não há motivos para se estender a aplicação da cláusula para além da marca instalada no *shopping center* em questão, sob pena de estar fugindo dos limites da função social do contrato de locação em questão e se configurar como disposição contratual abusiva.

Assim discorre Roberto Augusto Pfeiffer³⁴:

“Quanto ao objeto, a cláusula de não pode ser estendida além das atividades exercidas pelo lojista no *shopping center*, sendo inválido impedir que ele exerça outras atividades ou instale loja com outra marca ou nome de fantasia em qualquer perímetro”

Quanto ao espaço, esfera de afetação em que se verifica o maior número de controvérsias, é comum encontrar cláusulas de raio com abrangência de 1.000m a 5.000m. Nesse caso, a distância deverá ser o raio suficiente à prevenir o comportamento oportunista do lojista, além de auxiliar a preservar o *tenant mix* do *shopping center* em questão, pois como o empreendimento é objeto de análise prévia da distribuição de lojas que o comporá, todo esse estudo é feito com base nas necessidades da zona de instalação do *shopping center*, sendo a cláusula de raio um elemento preservador do *tenant mix* do shopping.

³⁴ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Contrato de locação em shopping center e cláusula de raio**. In: NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo; VON ADAMEK, Marcelo Vieira (Coord.). Temas de Direito Empresarial e outras estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

No entanto, determinar qual espaço deveria ser abrangido pela cláusula de raio é tarefa de difícil aferição e deve ser analisada caso a caso, uma vez que dependendo do tamanho e da densidade demográfica em que está localizado o empreendimento, as cláusulas de raio se justificam ou não. Ainda, se for feita uma análise caso a caso da questão, seria possível se verificar que alguns ramos de atividade exigiriam determinação de distâncias de não-concorrência menores que outros, em razão de suas peculiaridades e seu padrão de consumo.

No tocante ao tempo de duração da cláusula de raio, caso a justificativa de sua existência fosse apenas auxiliar a garantir o retorno do investimento do empreendedor, deveria ser determinado um tempo específico para sua validade. Entretanto, há outros fatores econômicos e sociais que justificam tal disposição, como o resguardo da atitude oportunista do lojista-locatário e, principalmente, a preservação do *tendant mix* do shopping, fator fundamental para o sucesso do empreendimento e, conseqüentemente, o sucesso da coletividade de lojistas.

Ainda, hipótese completamente abusiva de disposição da cláusula de raio seria sua determinação em tempo superior ao de contrato de locação, uma vez que estaria extrapolando qualquer justificativa de suas finalidades sociais e econômicas, além de infringir o princípio da função social do contrato, sendo enquadrada em abuso do direito, conforme disposto no artigo 187 do Código Civil, sem sequer considerarmos aqui as infrações à ordem econômica devido à conduta tipicamente anticoncorrencial que se enquadraria esta situação.

Elementar foi o entendimento exarado pelo STJ em importante julgamento sobre o tema, no qual ficou reconhecida a particularidade da relação firmada entre lojista e empreendedor, com criação de cláusulas extravagantes que justificam o fim econômico do empreendimento, ressaltando a limitação do controle de cunho judicial em contratos empresariais, frentes à princípios como o *pacta sunt servanda*, liberdade de contratar, função social da empresa, livre iniciativa, verbis:

“RECURSOS ESPECIAIS DOS DEMANDADOS - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE CONTRATUAL AJUIZADA POR SINDICATO DE LOJISTAS OBJETIVANDO O AFASTAMENTO DA CLÁUSULA DE RAIO UTILIZADA NA LOCAÇÃO DE ESPAÇOS EM *SHOPPING CENTER* - TRIBUNAL A QUO QUE CONSIDEROU ABUSIVA A PRÁTICA POR VIOLAÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA E INICIATIVA PRIVADA, MODIFICAÇÃO UNILATERAL DO PERÍMETRO DE ABRANGÊNCIA

TERRITORIAL E PREJUÍZO AO CONSUMIDOR. IRRESIGNAÇÃO DAS RÉS.

Hipótese: Controvérsia acerca da ilegalidade/abusividade de "cláusula de raio" inserta em Escritura Declaratória de Normas Gerais Complementares regedoras das locações e outras avenças dos espaços comerciais situados no *Shopping Center* Iguatemi Porto Alegre. Estatuto disciplinador da circulação interna, do funcionamento do estabelecimento, da natureza e finalidade das atividades comerciais/empresariais, não se imiscuindo nos contratos locativos de outro modo que não para nortear a observância dos limites imprescindíveis ao pleno êxito do empreendimento.

1. Preliminar. Negativa de prestação jurisdicional não configurada.

Tribunal a quo que se manifestou acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, analisando pontuadamente as questões ditas omissas.

2. Inviável o acolhimento da alegada violação ao artigo 46 do CPC/73, relativamente à nulidade do processo por ausência de citação dos interessados na demanda, porquanto tal tema constitui inovação recursal somente arguida nesta etapa processual.

3. A legitimação do ente sindical decorre de expressa previsão constitucional (artigo 8º, inciso III). O sindicato, na qualidade de substituto processual detém legitimidade para atuar judicialmente na defesa dos interesses coletivos de toda a categoria que representa, sendo prescindível a relação nominal dos filiados e suas respectivas autorizações, nos termos da Súmula 629/STF.

4. Não há falar em julgamento extra petita em virtude de o Tribunal de origem ter considerado como razões de decidir argumento atinente à mudança unilateral da abrangência territorial da cláusula de raio ocorrida em 2002, porquanto o julgador, para formar seu convencimento, não está adstrito à "causa petendi" remota (fundamento jurídico), mas sim à causa de pedir próxima ou imediata, ou seja, a todo o arcabouço fático-probatório que permeia a demanda.

5. A análise estabelecida perante esta Corte Superior tem cunho eminentemente jurídico, com fundamento na lei e nos ditames jurisprudenciais, não tendo o objetivo de averiguar eventual violação a vetores econômicos, valores de mercado ou temas afetos à livre concorrência e formação de cartéis e monopólios, visto que a investigação desses pontos fica à cargo de órgãos estatais político-administrativos de defesa da ordem econômica e desenvolvimentista do país.

6. Na hipótese, a "cláusula de raio" inserta em contratos de locação de espaço em *shopping center* ou normas gerais do empreendimento não é abusiva, pois o *shopping center* constitui uma estrutura comercial híbrida e peculiar e as diversas cláusulas extravagantes insertas nos ajustes locatícios servem para justificar e garantir o fim econômico do empreendimento.

7. O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos de cunho empresarial é restrito, face a concretude do princípio da autonomia privada e, ainda, em decorrência de prevalência da livre iniciativa, do pacta sunt servanda, da função social da empresa e da livre concorrência de mercado.

8. Inaplicabilidade do diploma consumerista à espécie, pois não se vislumbra o alegado prejuízo genérico aos consumidores delineado pelo Tribunal a quo, uma vez que, o simples fato de não encontrar em todos os *shopping centers* que frequenta determinadas lojas não implica em efetivo

prejuízo, pois a instalação dos lojistas em tais ou quais empreendimentos depende, categoricamente, de inúmeros fatores sociais, econômicos.

9. Inviável a imposição de limitações aos ajustes quando consideradas situações hipotéticas e genéricas envolvendo lojistas (de forma ampla) e empreendedor, com caracterização em abstrato da abusividade face o alegado abuso de posição dominante para prejudicar concorrência potencial, sendo imprescindível a análise da alegada abusividade considerado um específico e pontual caso concreto, o que não ocorre no presente caso.

10. Os ajustes locatícios, notadamente aqueles firmados para locação de espaço em *shopping center*, não constituem mero contratos de adesão, pois são de livre estipulação/comutativo entre os contratantes, sem a preponderância de um sobre outro, onde tanto locador como locatário estão livres para pactuarem as cláusulas contratuais que melhor assistam às suas necessidades.

11. A aventada modificação unilateral das normas gerais complementares do empreendimento de 2.000 (dois mil) para 3.000 (três mil) metros de raio, desde que não tenha sido imposta unilateralmente para os contratos de locação em curso quando da modificação estatutária, não apresenta qualquer ilegalidade, pois, o dono do negócio pode impor limitações e condições para o uso de sua propriedade por terceiros.

12. A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza qualquer ilícito, visto que prevista como excludente, nos exatos termos do estabelecido no § 1º do artigo 36 da Lei 12.529/11.

13. Recursos especiais parcialmente providos para julgar improcedente a demanda.

(REsp 1535727/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 20/06/2016)³⁵

Ademais, cabe ressaltar outro ponto objeto de discussão no acórdão colacionado, qual seja, o possível prejuízo aos consumidores trazidos pelas cláusulas de raio, uma vez que tais consumidores estariam sendo privados de encontrar as lojas que desejam em outros lugares próximos que não o *shopping center* em questão.

Excelente análise do Ministro Marco Buzzi, referindo que impossível a invalidação das cláusulas de raio sob tal alegação genérica, considerando que a instalação dos lojistas em outros empreendimentos depende de inúmeros outros fatores sociais e econômicos que não apenas as cláusulas de raio em questão.

³⁵ Disponível em

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57597605&num_registro=201501306323&data=20160620&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 12/12/2017.

Completando sua análise, o emérito Ministro utiliza como exemplo, inclusive, situação fática trazida pelo juízo de primeira instância, na qual a existência de cláusula de raio nos contratos de locação firmados em um *shopping center* beneficiou os consumidores da região abordada, pois possibilitou que outras lojas concorrentes se instalassem em shopping vizinho, proporcionando uma maior gama de bandeiras de lojas à disposição dos consumidores.

Além disso, mesmo que não verificado tal fato, os empreendimentos de *shopping center* surgem justamente para refinar a experiência dos consumidores, em especial pela aglomeração, em um mesmo centro comercial, de uma diversa gama de produtos e serviços, proporcionando elevado número de vagas de estacionamento, além de maior segurança quando comparados com lojas de rua. Acerca das externalidades positivas dos *shopping centers* aos consumidores:

“O *shopping center* oferece vantagens não apenas para seus investidores e lojistas, como para o consumidor, que economiza tempo, pois encontra em um único local os mais diversificados ramos de comércio, bem como a possibilidade de verificar a variação dos preços. Oferece áreas de lazer com cinemas, restaurantes, divertimentos para as crianças...Considere-se, ainda, o fator segurança contra os assaltos, tão frequentes nas lojas situadas nas ruas...Um dos grandes benefícios proporcionados pelos *shopping centers* é o estacionamento de automóveis, pois se torna cada dia mais difícil estacionar nas ruas.”³⁶

Aspecto interessante de ser tratado, por sua vez, trata-se da liberdade dos lojistas ali instalados em não firmar o contrato de locação com o *shopping center* em questão, não se submetendo, assim, às condições que não concordam ou não consideram necessárias à questão. Imperioso se faz apontar que os lojistas se instalam nos *shopping centers* não por uma obrigação e condição essencial ao qual são submetidos, mas sim por vislumbrarem uma chance de aumento considerável

³⁶ PINTO, Dinah Sonia Renault. **Shopping Center: uma nova era empresarial. Procedimentos jurídico-administrativos referentes às relações empresa proprietária com lojistas e clientela.** Rio de Janeiro: Forense, 1992. Pgs. 05-06.

em seu volume de vendas, que não atingiriam sem a estrutura e estratégia do empreendimento.

Não se pretende aqui defender os empreendedores de *shopping center* em todos seus aspectos, mas não parece adequado ou arrazoado interferir numa relação que gera efeitos positivos não só para um lojista em individual e o shopping em questão, mas sim para uma coletividade de lojistas que realizaram diversos investimentos para se instalar no empreendimento e contam com o empreendedor para proteger os interesses do *shopping center* e manter o alto fluxo de consumidores presentes no local.

Observado isso, a cláusula de raio torna-se protagonista na prevenção da concorrência predatória dos lojistas ali instalados no empreendimento, obrigando-os a direcionarem seus esforços, dentro do raio estabelecido, para seu estabelecimento situado no empreendimento.

Por fim, superada a análise da cláusula de raio sob o prisma privatista, imprescindível se faz analisar os aspectos concorrenciais que perfazem a aplicação de tais cláusulas de exclusividade, vez que um dos pontos de controvérsia da questão é justamente no campo concorrencial.

4. CLÁUSULA DE RAIO: ASPECTOS CONCORRENCIAIS.

4.1. ANÁLISE DA LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo claramente preocupações quanto às concentrações capitalistas e possíveis condutas que prejudiquem o mercado, tutelando, dessa forma, a ordem econômica. Assim, a partir da Constituição Federal de 1988 temos a constitucionalização da economia, fruto da transição do modelo econômico liberal antes vigente, gerado em razão das desilusões com o liberalismo, que antes foi considerado maneira devida e próspera de se conduzir a economia nacional, mas que, no momento, não amparava mais a lógica social de Estado que o Brasil estava adentrando e os princípios que seriam perpetuados a partir dessa lógica. Nesse sentido, a respeito da constitucionalização da economia e mercado, Eros Roberto Grau:

“A Constituição de 1988 põe o Direito Econômico a serviço da conformação da ordem econômica. Normas de Direito Econômico, a complementarem o quadro da ordem econômica (mundo do dever ser) instalada pela Constituição de 1988, são aquelas previstas nos arts. 172, 173 e § 4º, 174, § 2º, do texto constitucional, entre tantas outras. A ordenação normativa através do Direito Econômico viabiliza, assim, a fluente implementação de políticas públicas cuja realização, como vimos, constitui dever do Estado e direito reivindicável pela sociedade”³⁷

Nessa transição do Estado Social ao Estado Liberal, a Constituição Federal traz como fundamentos a valorização social do trabalho e da livre iniciativa, garantindo, em seu artigo 170, caput, que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conformes os ditames da justiça social, elencando como seus princípios a

³⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

livre concorrência, a propriedade privada, a função social da propriedade e o direito do consumidor³⁸. Dessa forma, torna-se visível o interesse do legislador constitucional em tutelar diversos direitos sociais, demonstrando o efetivo abandono do modelo econômico liberal. Nesse sentido apresentam-se os assertos de Maria Estela Leite Gomes:

“Os princípios constitucionais privados são encontrados ainda no art. 170 da Constituição Federal, que, ao revelar a adoção por um modelo de economia de mercado, fundado na livre-iniciativa e na propriedade privada, lhe dá contornos sociais ao dispor que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano e tem por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Elenca, o mencionado dispositivo, que são princípios da ordem econômica, entre outros, a função social da propriedade (inc. III), a livre-concorrência (inc. IV) e a defesa do consumidor (inc. V).”

Como referido pela nobre autora, cabe observar, ainda, que embora trate-se de um modelo que adotou parâmetros sociais para conceber sua economia, também trata-se de um modelo econômico pautado na livre-iniciativa, livre-concorrência e propriedade privada, princípios que assumem ainda maior relevância quando referenciados em relações interempresariais. No tocante ao contexto em que a Constituição Federal traz o princípio da livre-iniciativa, sábios são os dizeres de Carlos Wagner Dias Ferreira.

³⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

X - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

“O princípio da liberdade de iniciativa econômica constitui a marca e o aspecto dinâmicos do modo de produção capitalista, correspondendo ao poder reconhecido aos particulares de desenvolverem uma atividade econômica. É mesmo uma fonte axiológica de liberdade do particular perante o Estado e até perante os demais indivíduos, um atributo essencial da pessoa humana em termos de realização direta de sua capacidade, suas realizações e seu destino”³⁹

Assim, por mais que trazidos ambos como fundamentos da ordem econômica, os princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência não se confundem, sendo o princípio da livre concorrência correspondente ao livre jogo das forças de mercado na disputa de clientela⁴⁰. Ainda, por força do princípio da livre-concorrência é assegurado aos agentes econômicos (i) que poderão disputar trocas com os outros agentes econômicos e (ii) que não terão suas oportunidades de troca indevidamente subtraídas por terceiros.⁴¹

Visto isso, observa-se que a carta magna, além de especificar como um de seus fundamentos a tutela do mercado, traz consigo instrumentos de controle para efetivar tal tutela, tratando-se, no campo a livre-concorrência, do Sistema Brasileiro de Defesa a Concorrência, composto pela Secretaria de Direito Econômico, Secretaria de Acompanhamento Econômico e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Dessa forma, o Sistema Brasileiro de Defesa a Concorrência é estruturado pela Lei 12.529/2011, e traz em seu artigo primeiro as preocupações com os ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.⁴²

O CADE, por sua vez, é constituído do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos,

³⁹ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Contratos e eficácia dos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010. P.72.

⁴⁰ Inbid.

⁴¹ FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 3ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 147.

⁴² Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

sendo responsável pelo julgamento em ambiente administrativo das possíveis infrações à ordem econômica. A respeito da concorrência e da necessária correção em suas irregularidades, as anotações de José Júlio Borges da Fonseca:

“A concorrência já não é um valor em si; sua regulação há de levar em conta a instrumentação de políticas sociais. Isso significa que não se assume, em princípio, posição contrária às grandes empresas e grupos econômicos. Eles devem ser controlados (fiscalizados e sujeitos a condições fundadas na lei). Os acordos e ajustes anticoncorrenciais há de ser examinados à luz dos interesses da coletividade.”⁴³

Um dos campos do Direito em que se há grande discussão acerca da legalidade das cláusulas de raio é no Direito Concorrencial, no qual, afora as questões já analisadas da relação privada entre empreendedor e lojista, são analisadas questões relativas ao interesse público, com objetivo de determinar se tais disposições são ou não infrações aos princípios constitucionais da livre-iniciativa e livre-concorrência.

4.2. POSSÍVEIS EFEITOS ANTICOMPETITIVOS DA CLÁUSULA DE RAIOS

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 173, § 4º, determina que “a lei reprimirá o abuso econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.”⁴⁴ Assim sendo, a Lei 12.529/2011 vem como legislação infraconstitucional responsável pela determinação das infrações à ordem econômica, constituindo-as nos seguintes atos:

⁴³ DA FONSECA, José Júlio Borges. **Direito Antitruste e regime das concentrações empresariais**. São Paulo: Atlas, 1997. P. 26.

⁴⁴ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

Conforme se retira do artigo acima, um dos requisitos para que o agente econômico possa gerar infração econômica é a existência de posição dominante, definida pela legislação como condição em que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateralmente ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante. Ainda, há posicionamento reiterado do CADE a respeito da necessidade de configuração de posição dominante para que a conduta do agente econômico gere os efeitos listados no art. 36 da Lei 12.529/2011, consoante as anotações de Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer:

“O CADE, aliás, reiterou em diversos casos que é necessária a incidência de poder de mercado para que possa haver a configuração de uma infração contra a ordem econômica. O fundamento de tal posicionamento é que somente com posição dominante é possível que a conduta gere sobre o mercado relevante os efeitos listados no art. 36, § 3º, da Lei 12.529/2011.”⁴⁵

Verificada a existência de posição dominante, se passa então à verificação no caso concreto se a cláusula de raio, cláusulas de não-concorrência ou exclusividade

⁴⁵ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Contrato de locação em shopping center e cláusula de raio**. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; VON ADAMEK, Marcelo Viera. Temas de direito empresarial e outros estudos em homenagem ao professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 239.

territorial, seriam capazes de se enquadrar nas hipóteses do artigo 36 da Lei 12.529/2011. Acerca dos critérios de análise de práticas restritivas:

“Caracterização da conduta – identificação da natureza de conduta e definição de seu enquadramento legal, verificação de provas constantes dos autos;

Delimitação do mercado relevante e análise da posição dominante – estimativa da participação dos agentes econômicos no mercado relevante e análise das condições concorrenciais efetivas e potenciais (barreiras à entrada, inclusive, institucionais);

Análise da conduta específica – avaliação dos danos anticoncorrenciais da conduta em análise sobre este ou outro mercado; exame dos possíveis ganhos de eficiência econômica e outros benefícios gerados pela conduta; avaliação (ponderação) dos efeitos anticompetitivos e das eficiências da conduta.”⁴⁶

Ainda, importante salientar que há uma excludente de ilicitude da infração referida no inciso II, do artigo 36 da Lei 12.529/2011, dispondo o art. 36, § 1º, do mesmo diploma legal que a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza a hipótese do inciso II.

Visto isso, percebe-se que a legislação não pretende prejudicar os agentes econômicos, nem mesmo suprimir seu gozo dos princípios da livre-iniciativa e livre-concorrência, apenas coibir as condutas que tenham o condão de prejudicar a concorrência, gerando efeitos negativos ao mercado, sociedade e aos consumidores.

A cláusula de raio, espécie de restrição vertical, nas palavras do Conselheiro do CADE Márcio de Oliveira Júnior, “tem o potencial de criar uma indisponibilidade de determinada marca ou de determinada cesta de bens em um setor/ramo de atividade para outros shoppings concorrentes”.⁴⁷

⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DIREITO RIO. **Direito econômico regulatório**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. Pgs. 144-145.

⁴⁷ Proc. Adm. 08012.012740/2007-46.

Visto que do ponto de vista concorrencial a cláusula de raio também não pode ser definida como inválida por si só, vê-se que um dos principais aspectos para a análise de sua possível invalidade é pela verificação na razoabilidade na aplicação da cláusula de raio. Assim, a cláusula acordada terá de justificar os fins econômicos a que se destina, de forma razoável, sem limitar a concorrência e prejudicar o mercado.

Dessa forma, a cláusula de raio pode vir a limitar a concorrência, criando barreiras a entrada de novas empresas no mercado, em virtude de abuso de posição dominante no mercado relevante de bens e serviço por parte do *shopping center*, mas isso só poderá ser verificado mediante uma análise caso a caso da aplicação da cláusula em questão, uma vez que impossível a determinação da invalidade da cláusula de raio por si só, visto que isso estaria indo em contrário aos princípios constitucionais da livre-iniciativa, propriedade privada e livre-concorrência.

Outro aspecto relevante é que a imposição da cláusula de raio pode ser configurada na hipótese do artigo 36, § 3º, III, da Lei Antitruste (Lei 12.529/2011)⁴⁸, uma vez que pela sua adoção estaria limitando o acesso de novas empresas ao mercado de forma a prejudicar a concorrência.

A determinação injustificada da invalidade geral das cláusulas de raio traria efeitos negativos ao mercado e sociedade, considerando que os agentes econômicos utilizam da autonomia da vontade, *pacta sunt servanda* e demais direitos e garantias de nosso ordenamento jurídico para formatar suas relações comerciais, utilizando de suas ferramentas para estruturar as condições que melhores satisfazem os fins econômicos que buscam, dentro dos limites fixados pela lei e práticas do mercado.

A respeito da autonomia privada e seus aspectos, as palavras de Carlos Wagner Dias Ferreira:

⁴⁸ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

“Sob o ponto de vista técnico, a autonomia privada funciona como verdadeiro poder jurídico particular, traduzido na possibilidade de o sujeito agir com a intenção de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem. Tal poder não é, porém, originário. Deriva do ordenamento jurídico estatal, que o reconhece, e se exerce nos limites que esse fixa, limites crescentes pelo aumento das funções estatais, em virtude da passagem do Estado do direito para o Estado intervencionista e assistencial.”⁴⁹

Assim, faz-se necessária uma análise casuística da cláusula de raio para verificação de possíveis abusos em sua disposição, em especial quanto às esferas de atuação da cláusula de raio, já comentadas em capítulo anterior, quais sejam, objeto, tempo e espaço, ao fim de se verificar possíveis danos à concorrência passíveis de sanções.

Para apreciação de condutas com efeitos anticoncorrenciais, tem-se como um dos principais aspectos a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo que a análise sob a ótica desses dois princípios poderá elucidar se a ação do agente econômico se justifica dentro dos fins econômicos que anseia, sendo proporcional e razoável dentro desses fins.

Nesse sentido, os ensinamentos de Roberto Pfeiffer:

“Neste contexto, a cláusula de raio não pode ser considerada ilícita per se, ou seja, há a necessidade de se averiguar em cada caso concreto se ela efetivamente limita a concorrência e se ela é razoável ou não – para o quê e essencial apurar a finalidade que determinou a adoção e sua implementação”⁵⁰

Esse tem sido o entendimento do CADE, como no PA n. 08012.002841/2001-13, em que ficou decidido que deve ser feita análise casuística da cláusula de raio,

⁴⁹ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Contratos e eficácia dos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010. Pgs. 170-171.

⁵⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Contrato de locação comercial em shopping center e cláusula de raio**. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; VON ADAMEK, Marcelo Vieira (coords). Temas de direito empresarial e outros estudos: homenagem ao professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães. P. 240.

não podendo ser declarada como ilícita *per se*, sendo analisada a razoabilidade da cláusula de raio a cada caso específico para verificação de possível conduta infrativa.

Nas palavras do Ex-Conselheiro do CADE, Alessandro Octaviani:

“A cláusula de raio é muito mais integrante da estrutura jurídica associativa – que é a única apta a permitir o cumprimento da função de aglomeração estratégica a longo prazo do *shopping center* – do que eventual limitação ilícita à concorrência, pensada em termos individualistas e atomísticos.”⁵¹

Ou seja, vê-se que a cláusula de raio integra uma lógica muito mais complexa, que é a constituída para o pleno funcionamento da relação dos *shopping centers* coletividade de lojistas, justificando-se nos fins econômicos que busca, do que os possíveis efeitos de restrição à concorrência que pode vir a causar, sendo plenamente impossível determinar sua ilegalidade por si só em nosso ordenamento jurídico, devendo sempre ser analisada caso a caso para verificação de possíveis abusos em sua disposição.

⁵¹ OCTAVIANI, Alessandro. **Direito econômico da concorrência e abstenção em concorrer: racionalidade econômica e legalidade das cláusulas de raio em shopping centers**. Disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOA6U0038EHNL-G-bNTER39LGHMOdwDzBCiwjRHGx2PaPAZSsiaOD_3I-B02A5bc0xmxR4wjwx94fuwXgleX6g5. Acesso em 18/12/2017.

5. CONCLUSÃO

Ao longo das últimas décadas, os *shopping centers* adquiriram relevância muito superior a de simples centros comerciais, tendo grande papel no desenvolvimento urbano, geração de empregos e contribuindo em grande escala para o crescimento do mercado imobiliário.

Utilizando tanto dos princípios constitucionais da livre-iniciativa, propriedade privada e seu corolário, a autonomia da vontade, os *shopping centers* se afirmaram no mercado varejista, sendo foco de atração de diversos consumidores e lojistas para o empreendimento por seu grande número de diferenciais competitivos.

A criação de uma nova lógica de locação comercial e disponibilização de serviços nesses empreendimentos influenciou fortemente na formatação jurídica das relações comerciais entre empreendedor-locador e lojista-locatário ali entabuladas, sendo criadas diversas cláusulas e condições únicas a esse tipo de contratação, dentre elas, a cláusula de raio.

As cláusulas de raio, cláusulas de exclusividade territorial, surgiram inicialmente para prevenir a atitude oportunista dos lojistas participantes do empreendimento, que poderiam desviar seu faturamento para outras lojas próximas do *shopping center* na tentativa de reduzir o pagamento do aluguel percentual devido ao empreendimento, e, ao longo dos últimos anos, se solidificaram como cláusulas padrão dos contratos de locação firmados nesses centros comerciais, sendo bastante incomum não encontrar tal disposição.

Com o crescimento da relevância dos *shopping centers*, atualmente representantes de boa parte do volume de vendas do varejo nacional, diversas controvérsias surgiram a respeito da validade ou não das cláusulas de raio, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Ao analisar tal questão, imperioso se faz observar que o contrato em que tal disposição está inserida é um contrato tipicamente empresarial, firmado entre empresários, obedecendo uma lógica diferente daquela aplicada a contratos civis, como os contratos de consumo, nos quais a relativização de certos princípios contratuais se justifica em razão da necessária proteção nas relações assimétricas formadas em determinados casos.

Nas relações empresariais, por outro lado, presume-se o empresário como ativo e probo, habituado a realizar transações comerciais e firmar contratos em sua rotina. Dito isso, fortes são aqui os princípios da autonomia da vontade, *pacta sunt servanda*, boa-fé objetiva, usos e costumes, além da livre-iniciativa e livre-concorrência, que por mais que não possuam aplicação ilimitada, tratando-se de relações interempresariais possuem controle restrito.

Assim, o empreendedor utiliza desses direitos que lhe são garantidos pela legislação para criar contratos que garantam o fim econômico pretendido pelo seu empreendimento, de forma a resguardar seus interesses e da coletividade de lojistas que operarão seus negócios no *shopping center* em questão. Há de ser comentado que, inclusive, a legislação específica acerca das locações comerciais garante a prevalência das condições livremente pactuadas nos contratos de locação firmados em *shopping centers*.

Ora, o empreendedor não pode permitir que o interesse individual de um lojista se sobreponha ao da coletividade de lojistas do empreendimento, uma vez que todos possuem a expectativa legítima de que o empreendedor zelarà pelas melhores condições para o sucesso do centro comercial. Ademais, o lojista insatisfeito com as condições de locação pode optar por não se instalar no empreendimento e, assim, não se submeter a cláusula de raio em questão.

Vê-se, portanto, que as cláusulas de raio possuem basicamente três grandes funções, quais sejam: (i) evitar comportamento oportunistas de lojistas, com consequente concorrência predatória; (ii) garantir ao empreendedor o retorno dos investimentos feitos no empreendimento; (iii) proteção de *tenant mix* do *shopping center* em questão, protegendo, assim, a coletividade dos lojistas ali instalados.

Dessa forma, a cláusula de raio se justifica diante dos fins econômicos e sociais do empreendimento, não extrapolando, em princípio, a função social e econômica dessa categoria de contratos, tendo em vista que essas condições específicas são criadas justamente em razão da singularidade da relação entre lojista e empreendedor. Dito isso, pode-se afirmar que a cláusula de raio, por si só, não é inválida em nosso ordenamento jurídico.

Entretanto, poderá a cláusula de raio ser considerada abusiva caso extrapole seus fins econômicos e sociais, a boa-fé ou os bons costumes. Dessa forma, será

necessária sempre uma análise no caso concreto para se afirmar se há ou não abuso de direito na disposição de tal cláusula.

Ainda, da constitucionalização do mercado, com consequente tutela da ordem econômica e dos direitos sociais, emergem diversos possíveis questionamentos acerca da cláusula de raio que ultrapassam a esfera privada entre o lojista e empreendedor e adentram campo de interesse público, sobre os efeitos de tal disposição à concorrência, ocasionando infração à ordem econômica.

As cláusulas de raio foram diversas vezes objeto de discussão junto ao CADE nos últimos anos, sendo que um dos principais pontos para definir a ocorrência ou não de restrição à concorrência ficou determinada como a razoabilidade e proporcionalidade na estipulação de tais cláusulas, ou seja, que sua determinação seja compatível e proporcional aos fins econômicos que busca o empreendimento, sem que haja uma restrição desarrazoada da livre-iniciativa e livre-concorrência do lojista em função de determinações do empreendedor.

Nesse sentido, importantíssima se faz a análise das 03 esferas de atuação da cláusula de raio, (i) quanto ao seu objeto de afetação, (ii) quanto ao raio abrangido pela cláusula e (iii) quanto ao tempo de duração da cláusula no contrato, sendo que a abusividade na determinação de quaisquer uma dessas esferas poderá acarretar na invalidação da cláusula de raio em questão.

Por fim, observa-se que, mesmo considerando a grande controvérsia em volta do tema, o entendimento majoritário é de que as cláusulas de raio são válidas por si só, tanto sob a ótica privatista quanto concorrencial, eis que justificadas em razão dos fins econômicos e sociais a que busca o empreendimento, além de se tratar de relação peculiar, podendo, entretanto, ser estipulada de maneira abusiva.

6. REFERÊNCIAS

_____ Constituição Federal de 1988.

_____ Lei 10.406 de 2002.

_____ Lei 8.245 de 1991.

_____ Lei 12.529 de 2011.

_____ Lei 8.884 de 1994

BOITEUX, Fernando Netto. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Dialética, 2001.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos Branco. **Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da Teoria Geral dos Contratos**. In: COSTA, Judith Martins. Modelos de direito privado. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Pgs. 257- 291.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DA FONSECA, José Júlio Borges. **Direito Antitruste e regime das concentrações empresariais**. São Paulo: Atlas, 1997

FERNANDES, Wanderley (Coord.). Contratos empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais. 1Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pgs. 77-147.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias Ferreira. **Contratos e Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 3ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FORGIONI, PAULA Andrea. **Interpretação dos negócios empresariais**. In: GARCIA, Ricardo Lupion. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Maria Estela Leite. **Contratos Empresariais: princípios, função social e análise econômica do direito**. Curitiba: Juruá, 2015.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16ª Edição. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRAMANI, Vanessa. **Direito Comercial: shopping center, franquia e varejo**. Campinas: Editora Alínea, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

LANGONI, Carlos Geraldo. **“Shopping Centers” no Brasil**. Revista dos Tribunais, 1984.

LISBOA, Roberto Senise. **Confiança Contratual**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado**. 2ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Atlas, 2013.

OCTAVIANI, Alessandro. **Direito econômico da concorrência e abstenção em concorrer: racionalidade econômica e legalidade das cláusulas de raio em shopping centers**. Disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOA6U0038EHNL-G-

[bNTer39LGHMOdwDzBCiwjRHGx2PaPAZSsiaOD_3l-](https://bNTer39LGHMOdwDzBCiwjRHGx2PaPAZSsiaOD_3l-B02A5bc0xmxR4wjwx94fuwXgleX6g5)

[B02A5bc0xmxR4wjwx94fuwXgleX6g5](https://bNTer39LGHMOdwDzBCiwjRHGx2PaPAZSsiaOD_3l-B02A5bc0xmxR4wjwx94fuwXgleX6g5). Acesso em 18/12/2017.

ORGANIZAÇÃO DIREITO RIO. **Direito econômico regulatório**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Contrato de locação comercial em shopping center e cláusula de raio**. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; VON ADAMEK, Marcelo Vieira (Coord.). *Temas de Direito Empresarial e outras estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. Pgs. 230-252.

PINTO, Dinah Sonia Renault. **Shopping Center: uma nova era empresarial. Procedimentos jurídico-administrativos referentes às relações empresa proprietária com lojistas e clientela**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

Superior Tribunal de Justiça. RESP 1.535.727/RS. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57597605&num_registro=201501306323&data=20160620&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 12/12/2017.